

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/105884>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

HYPOTHEEK OP TOEKOMSTIG EN/OF ANDERMANS GOED

1 Inleiding

In het handelsverkeer staat een schuldenaar soms voor het probleem dat hij aan zijn financier van de koopprijs voorrang wil toekennen op de registergoederen die hij, schuldenaar, juist in eigendom wenst te verwerven. Men denke aan het voorbeeld van een koper die geconfronteerd wordt met enerzijds een verkoper die weigert het registergoed te verkopen wanneer hij niet bij de koopakte de volledige koopprijs krijgt betaald en anderzijds een financier die geen geld aan de koper wenst te lenen omdat deze het aan te schaffen goed nog niet met een hypotheek kan bezwaren. Een hypotheek op een toekomstig goed zou een oplossing voor dit probleem kunnen inhouden.

De juristen, die over dit probleem nagedacht hebben, onderscheiden met betrekking tot de hypotheek op toekomstig goed meestal twee - met elkaar samenhangende - hoofdvragen. Zij luiden:

- a. kan op geldige wijze een hypotheek worden gevestigd op een onroerend goed/registergoed, dat reeds gekocht is, maar nog niet geleverd, dat wil zeggen vóór de overschrijving van de koopakte in de daartoe bestemde openbare registers?
- b. kan op geldige wijze een hypotheek worden gevestigd op een onroerend goed/registergoed, waarvan de hypotheekgever later eigenaar wordt resp. onder de voorwaarde dat de hypotheekgever eigenaar zal worden?

Door de auteurs en de rechtspraak onder het OBW wordt in verband met deze hoofdvragen vaak allereerst een voorvraag behandeld, namelijk:

- c. op welk moment moet de hypotheekgever beschikkingsbevoegd zijn? Bij het ondertekenen van de notariële akte (aangeduid als het verlenen van de hypotheek) of bij het inschrijven van de akte in de registers (het vestigen van de hypotheek)?

Het is in het Romeinse zakelijke zekerheidsrecht dat de twee hoofdvragen, die ik in deze bijdrage wil behandelen, een expliciete beantwoording hebben gevonden. Dit recht zal in par. 2 aan de orde worden gesteld, voor zover overigens met name de 19e-eeuwse auteurs erna verwijzen. In deze bijdrage ligt het accent op de beantwoording van de voorvraag en de twee hoofdvragen in de literatuur (par. 3-5) en de rechtspraak (par. 6) onder het OBW. Voorts worden de aangesneden vraagstukken bekeken naar het huidige BW (par. 7). De oplossing, die ik

uiteindelijk in de conclusie (par. 8) zal formuleren, gaat terug op de opvatting van Suijling.

2 Naar Romeins recht

In het Romeinse recht bestond er tweecërlei hypotheek: de speciale en de generale. Onder de generale hypotheek waren ook goederen begrepen die de hypotheekgever later zou verwerven; het betrof namelijk een hypotheek op iemands gehele en toekomstige vermogen. De generale hypotheek is niet in het Nederlandse BW van 1838 gerecipieerd. Daarover kort het volgende. Het Romeinse zekerheidsrecht kende geen registerstelsel; een hypotheek kon door enkele overeenkomst gevestigd worden. In het Franse recht was aan deze fraudegevoelige regeling in zoverre een einde gemaakt dat er via een stelsel van openbare registers publiciteit was ingevoerd. De Code civil kende echter nog steeds generale hypotheeken, zogenaamde ‘verborgen of stilzwijgende’ verbanden, die zonder inschrijving geldig waren.¹ De Nederlandse wetgever van 1838 heeft met deze generale hypotheek bewust willen breken. De Nederlandse wet kende geen andere hypotheek dan die bij overeenkomst bedongen.²

‘Het Nederlandsche stelsel is derhalve gebouwd op de openlijkheid en de specialiteit, waarnaar de Fransche wetgever, in de onderscheidene wetgevingen, welke zich hebben verdrongen, te vergeefs gestreefd heeft, zonder dat gewenschte doel te kunnen bereiken, omdat hem steeds in den weg stond het legaal of stilzwijgend verband, hetwelk bij het Nederlandsche regt, benevens de geregelijke onderzettingen, is afgeschaft geworden.’³

De Nederlandse 19e-eeuwse (en latere) auteurs spraken dus alleen over de speciale of conventionele hypotheek. Naar het Romeinse recht was het hypotheekrecht⁴ een *jus in re*, een recht dat alleen gevestigd kon worden door

1. Zie art. 2121 en 2122 Cc; een wettelijke hypotheek ten behoeve van onder anderen getrouwde vrouwen op de goederen van hun echtgenoot, minderjarigen en onder curatele gestelden op die van hun voogden; art. 2123 Cc, een judiciële of gerechtelijke hypotheek ten behoeve van degene die een vonnis tegen een schuldenaar had verkregen.

2. Zo kunnen op grond van art. 1220 lid 2 OBW getrouwde vrouwen naar Nederlands recht bij huwelijks voorwaarden een hypotheek bedingen.

3. Zie C. Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon*, 's Gravenhage en Amsterdam 1838, p. 429; Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken*, Utrecht 1838, IV, p. 457 e.v.

4. In deze paragraaf wordt consequent over hypotheek gesproken; in het Romeinse recht werden de benamingen pand en hypotheek door elkaar gebruikt. Men vergelijk de bekende Marcianus-tekst (D. 20.1.5.1): *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*. Vert. Tussen pand en hypotheek bestaat echter het enige verschil nog in de klank van de benaming.

iemand die bevoegd was over het goed te beschikken, meestal de eigenaar. Een hypotheek gevestigd door een niet-eigenaar was in beginsel nietig. Op dit beginsel zijn evenwel uitzonderingen gecreëerd, in welke gevallen de praetor een *actio hypothecaria utilis* gaf. Namelijk:

1. Indien een zaak aan de 'pandgever' verschuldigd was (*res debita*), namelijk door hem gekocht maar aan hem nog niet geleverd was (D. 20.1.1.pr.: ...si non fuit ei, qui pignus dabat, debita...).
2. Indien de hypotheek onder een bepaalde voorwaarde tot stand kwam. Zie de tekst: *Aliena res utiliter potest obligari sub condicione si debitoris facta fuerit* (D. 20.1.16.7). Vert. Andermans zaak kan overeenkomstig de eisen van het maatschappelijk verkeer verhypothecerd worden onder de voorwaarde dat de hypotheekgever eigenaar zal worden.

In deze twee gevallen werd de hypotheek in beginsel dus als geldig beschouwd.⁵ Deze uitzonderingen hadden in het oudvaderlandse recht ook rechtskracht, maar niet helemaal met hetzelfde rechtsgevolg als in het Romeinse recht. De hypotheek van een goed dat de hypotheekgever nog niet toebehoorde maar hem wel verschuldigd was, had een zwakkere werking dan een 'normale'. Er kwam namelijk slechts een algemene (generale) hypotheek tot stand die ten achter stond bij de speciale hypotheeken.⁶

Het feit dat de hypotheek in de twee beschreven gevallen zowel naar het Romeinse als het oudvaderlandse recht als geldig werd beschouwd, zou door de 19e-eeuwse juristen als argument *pro* de toelaatbaarheid van een hypotheek op toekomstig goed worden gebruikt (zie in de paragrafen hierna). Men was het er over eens dat gelet op de verschillen tussen het romeinsrechtelijke en het Nederlandse systeem van zakelijke zekerheidsrecht, met name ten aanzien van de publiciteit, de romeinsrechtelijke verbijzonderingen niet zonder meer in Nederland toepassing konden hebben. Het Romeinse recht was bovendien als geldend recht afgeschaft. De vaderlandse auteurs waren echter in meerderheid ervan overtuigd dat de wetgever van 1838 bij de vaststelling van de bepalingen over hypotheek aan de twee uitzonderingen op de nietigheid van een hypotheekvestiging door een niet-eigenaar niet had gedacht, en daarom kon huns

5. Zie Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, par. 230, in het bijzonder noot 7; zie ook par. 240, nr. 5. Voorts Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, I, par. 28 e.v. Zie in Nederland: F.B.J. Wubbe, *Res aliena pignori data. De verpanding van andermans zaak in het klassieke Romeinse recht*, Leiden 1960. Ook W.J. Zwalfve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht*, Groningen [1993], p. 353 e.v.

6. Zie J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, I, ad Lib. XX, tit. III (ed. Den Haag 1723, p. 800 e.v.). In Amsterdam gold - anders dan elders in Holland - deze zwakkere werking niet: Zie H. de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid*, II.48.34.

inziens een nadere overweging van de Digestenteksten een aanwijzing vormen voor de wenselijke praktische oplossing naar Nederlands recht. Er viel in ieder geval inspiratie voor het *jus constituendum* uit te putten, zeker omdat het Romeinse recht op zichzelf niet onbekend was met het denkbeeld dat een niet-eigenaar op een toekomstige zaak zakelijke rechten kon verlenen. Het maakte hierbij zelfs geen verschil of de zaak tijdens de vestiging van het recht nog niet bestond dan wel aan een andere persoon toebehoorde dan degene die het zakelijk recht in het leven riep.⁷ Het gebruik van het Romeinse recht als toetssteen bij de beantwoording van de in par. 1 genoemde vragen is een treffende illustratie van de vitaliteit van het Romeinse recht in de laat 19e-eeuwse dogmatische discussies ondanks zijn afschaffing als geldend recht in het begin van die eeuw.⁸

3 Heersende opvatting in de 19e-eeuwse en latere literatuur⁹

Het uitgangspunt ten aanzien van de vestiging van het hypotheekrecht kan als volgt onder woorden worden gebracht. Heeft de hypotheekgever het volledige en zuivere eigendomsrecht, dan heeft het door hem gevestigde hypotheekrecht ook alle rechtskracht. Heeft hij bijvoorbeeld een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde, dan zal de door hem gevestigde hypotheek - in het geval dat de voorwaarde intreedt - ook alle kracht verliezen.¹⁰ Dit beginsel is de uitdrukking van de zogenaamde *nemo plus*-regel: niemand kan meer rechten op een ander overdragen dan hij zelf heeft. In het OBW stond deze regel ten aanzien van hypotheek in art. 1214 als volgt uitgedrukt:

Hypotheek kan niet worden gevestigd dan door hem die de bevoegdheid heeft het bezwaarde goed te vervreemden.

7. Bijv. D. 8.2.23.1: *Futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi vel adquiri servitus potest*. Vert. Ook ten gunste van een toekomstig gebouw, dat er nog niet is, kan een erfdienstbaarheid gevestigd resp. verworven worden. Zie ook D. 8.3.10 ten aanzien van het vestigen van een erfdienstbaarheid op water dat nog niet gevonden is.

8. Zie H. Kooiker, *Lex scripta abrogata*, diss. Groningen, verschijnt binnenkort.

9. *Verzameling van regtsgeleerde adviezen*, I, 's-Gravenhage-Amsterdam 1843, p. 80 e.v.; C.H.P. Klaverwijden, *De hypothecatie van eens anders goed*, Leiden 1869, p. 57 e.v.; J.G. Kist, [Bespr. van:] "Klaverwijden, Hypothecatie van eens anders goed", in: *Themis* 1869, p. 427 e.v.; Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk recht*, VII, Groningen 1882, p. 294 e.v.; A.S. van Nierop, *Hypotheekrecht*, Zwolle 1927, p. 49 e.v.; Pitlo, *Het zakenrecht*, deel 2, achtste druk, Arnhem 1980, p. 500 e.v.

10. Zie art. 1225 OBW: De inschrijving van een hypotheek is van onwaarde, indien dezelfde gedaan is op eenen tijd, waarop de eigendom van het goed aan eenen derde zijnde overgegaan, de schuldenaar daarop zijn eigendomsrecht reeds verloren had. Zie ook art. 3:84 lid 4 BW.

Als een uitwerking van art. 1214 wordt art. 1220 lid 1 OBW beschouwd.

Hypotheek kan alleen op tegenwoordige goederen worden gevestigd. Eene hypotheek op toekomstige goederen is nietig.

Het antwoord op de in de inleiding gestelde hoofdvragen lijkt met deze twee wetsartikelen gegeven, namelijk ontkennend. Men moet eigenaar van het onroerende goed zijn op het moment van het *vestigen* van het hypotheekrecht, anders is de hypotheek nietig.

Zo eenvoudig als het antwoord lijkt, is het echter niet. In de heersende leer van toen werd eerst ruim aandacht besteed aan de voorvraag, de betekenis van het woord *vestigen* in de genoemde artikelen. Men fixeerte zich zelfs zo zeer op deze kwestie, dat het antwoord op de hoofdvragen er soms nogal bekaaid afkwam. Het was, zoals gezegd, bij de 19e- en begin 20e-eeuwse juristen gebruikelijk een onderscheid te maken tussen het ondertekenen van de notariële akte (het verlenen van de hypotheek) en het inschrijven van de akte in de registers (het vestigen van de hypotheek). De in de wet gebruikte uitdrukkingen vormen - zo luidde de *communis opinio* - geen vast richtsnoer om uit te maken welke de betekenis is van vestigen. In de heersende leer wordt er zelfs vanuit gegaan dat deze term in art. 1214 OBW niet de betekenis *kan* hebben van het ontstaan of het totstandbrengen van het zakelijke recht, oftewel betrekking heeft op de inschrijving van de hypotheek waardoor aan de schuldeiser werkelijk de hypotheek toekomt. Die inschrijving geschiedt namelijk buiten de eigenaar van het onroerende goed, de hypotheekverlener, om (zie art. 1231 OBW). Het verlenen is het enige wat degene die hypotheek geeft, tot de vestiging behoeft te verrichten. *Vestigen* in art. 1214 betekent dus *verlenen* of *toestemming geven* tot vestigen.

Wat betekent vestigen in art. 1220 OBW? Vestigen heeft naar overtuiging van velen in dit artikel dezelfde betekenis als in art. 1214. De hypotheekgever moet derhalve de bevoegdheid om het goed te vervreemden of te bezwaren hebben op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst van hypotheekgeving, of anders gezegd het moment van het toekennen van de hypotheek, het tijdstip van de ondertekening van de notariële akte.¹¹ De

11. Er moeten in totaal drie fases worden onderscheiden: 1. het toezeggen of beloven van de hypotheek, waardoor een schuldeiser een aanspraak krijgt op hem die heeft toegezegd; 2. het verlenen van de hypotheek, waardoor de schuldeiser de macht verkrijgt om haar tot stand te doen komen, de fase van de ondertekening van de transportakte en 3. de vestiging van de hypotheek, d.w.z. de

argumenten voor deze uitleg zijn hoofdzakelijk systematische: voornamelijk de plaats waar art. 1220 OBW in de titel voorkomt. Art. 1220 lid 1 bepaalt immers nader dat de in art. 1214 OBW bedoelde vervreemdingsbevoegdheid op het ogenblik van het verlenen moet bestaan. Het goed moet voor degene die verleent geen toekomstig goed zijn!¹²

In de heersende leer wordt meestal de overeenkomst die aan de vestiging van het hypotheekrecht ten grondslag ligt niet als nietig beschouwd, ook al is de hypotheek op een anders zaak nietig. Deze overeenkomst roept verbintenissen in het leven, al was het slechts die tot schadevergoeding. Hier dringt zich namelijk de analogie met art. 1507 OBW op:

Koop en verkoop van eens anders goed is nietig, (...).

Dit artikel staat echter niet eraan in de weg dat uit de verkoop van een anders zaak wel rechtsgevolgen voortvloeien.¹³ Op grond van art. 1527 e.v. OBW bestaat bijvoorbeeld de verplichting tot vrijwaring, die geen andere grond kan hebben dan de koopovereenkomst. Als de zaak van een ander *verkocht* kan worden, waarom zou zo'n zaak dan niet *voorwerp van een hypotheekovereenkomst* kunnen zijn?¹⁴

De conclusie moge duidelijk zijn. Degene die enig onroerend goed heeft gekocht maar nog niet geleverd heeft gekregen, kan als niet-eigenaar geen geldige hypotheek verlenen, laat staan vestigen. De hypotheek wordt ook niet geldig, wanneer hij later de eigendom wel verwerft.¹⁵ Een hypotheekverlening

inschrijving van de hypotheek. Over de vraag in welke fase de hypotheekgever beschikkingsbevoegd (eigenaar) behoort te zijn, wordt door de moderne schrijvers anders gedacht dan de in deze par. behandelde auteurs. Zie par. 7. Fase 1 en fase 2 werden overigens niet altijd even scherp onderscheiden.

12. Zie zeer duidelijk R. van Boneval Faure in zijn noot onder HR 28 oktober 1870, in: *Regtsgeleerd Bijblad* 1871, p. 31-33. Terzijde zij opgemerkt dat Van Boneval Faure misschien wel een van Nederlands eerste annotatoren is geweest.

13. Hier volgt vaak een verwijzing naar D. 19.1.30.1, waarin onder meer staat te lezen dat de koopovereenkomst bij de verkoop van een anders zaak in zoverre geldig is dat de *actio empti* en de *actio venditi* ontstaan.

14. Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon*, p. 432 merkt nog op dat het vonnis van de rechter, waarin de schuldenaar wordt veroordeeld om aan zijn bij overeenkomst aangegane verplichting dat hij nieuw verkregen goederen zal aanwijzen die onder de hypotheek vallen, de aanwijzing van de schuldenaar overbodig maakt. Zie tegenwoordig art. 3:300 BW. De vestiging van de hypotheek kan door middel van reële executie worden afgedwongen van de schuldenaar die hypotheek heeft beloofd maar de daaruit voortvloeiende verplichting tot verlening niet nakomt.

15. In de heersende literatuur wordt overigens vaak aangestipt dat Franse auteurs als Merlin en Troplong een andere mening toegedaan zijn.

onder de voorwaarde dat de hypotheekgever eigenaar zal worden, is eveneens nietig. Art. 1215 OBW¹⁶, dat een voorwaardelijke hypotheek toestaat, baat niet. Er wordt namelijk geen *voorwaardelijk* hypotheekrecht verleend of gevestigd, maar een zaak in hypotheek gegeven waarop men *geen* recht heeft. Art. 1215 OBW vooronderstelt dat de hypotheekgever een zodanig recht heeft op het goed, uit kracht waarvan hij erover kan beschikken. Hij heeft die beschikkingsbevoegdheid niet, zolang niet is geleverd; een ander is immers de eigenaar.¹⁷ Het verlenen of vestigen van een hypotheek op een goed waarvan men later eigenaar wordt, is een hypotheekverlening of -vestiging op een andermans zaak en dus nietig. De hoofdoorzaak van deze nietigheid schuilt volgens de aanhangers van de heersende leer in een aantal beginselen van ons zekerheidsrecht: het belang van de publiciteit¹⁸ en de zekerheid van de registers en de specialiteit (het voldoende bepaalbaar zijn van het goed).¹⁹ Erkenning van hypotheek op toekomstig goed zou de registers tot een warwinkel maken.²⁰ Op al deze uitgangspunten valt overigens ook wel wat af te dingen, zo wordt grootmoedig erkend.²¹ De wettekst is evenwel duidelijk: de bewoordingen zijn te scherp gesteld om zo maar te worden weggeredeneerd.

Bij Diephuis vindt men nog een ander bezwaar: dat men het goed van een ander niet met een hypotheek kan bezwaren, ligt volgens hem in de aard der zaak.²² Het gebruik van de 'aard' of de 'natuur' der zaak ter ondersteuning van een juridische oplossing of redenering wordt in de 19e eeuw aangetroffen bij bijvoorbeeld de beoefenaren van het Romeinse recht in Duitsland, de zogenaamde pandektisten, onder andere bij Windscheid.²³ Het was voor hen de

16. Zij die op een onroerend goed slechts een zoodanig recht hebben, hetwelk door eene voorwaarde is opgeschort, of in zekere gevallen kan worden ontbonden of te niet gedaan, kunnen geene hypotheek toestaan, dan die aan dezelfde voorwaarden, ontbinding of te niet doening onderworpen is.

17. Een koper wiens koopakte niet is ingeschreven, heeft geen door een voorwaarde opgeschort eigendomsrecht, maar hij mist het eigendomsrecht geheel. Diephuis, VII, p. 404.

18. Zie de Utrechtse oratie van G.C.J.J. van den Bergh, *Publiciteit als belang*, Deventer 1978.

19. Zie ook art. 1219 OBW.

20. Kist, *Themis* 1869, p. 433 relateert dit aan het stelsel van publiciteit ontleende argument. Hij vindt dat men zich te veel voorstelt van de zekerheid van de registers. De werking van de registers is alleen negatief: de handelingen van de partijen werken niet tegen derden zonder overschrijving van de notariële akten.

21. Toekomstige zaken kunnen bijvoorbeeld wel het voorwerp zijn van overeenkomsten (zie art. 1370 lid 1 OBW).

22. Diephuis, VII, p. 396. In de bijbehorende noot verwijst hij naar Laurent, *Principes de droit civil*.

23. Zie U. Falk, *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, Frankfurt am Main 1989, p. 183 e.v. Een onderzoek naar de aard der zaak of mens neigt snel tot natuurrechtelijke theorievorming. Zie C.J.H. Jansen, "Over levensbetrekkingen. Natuurrecht en wetenschap der samenleving in de tweede helft van de 19e eeuw", in: G.C.J.J. van

uitdrukkingswijze dat een bepaalde regeling vanzelfsprekend in het Romeinse recht aan te treffen was. Diephuis, die ten opzichte van het Romeinse recht een tweeslachtige houding had, namelijk van inhoudelijke waardering enerzijds en formele afwijzing anderzijds²⁴, heeft zich aan deze wijze van redeneren van de pandektisten *als methode* blijkbaar niet kunnen of willen onttrekken. Ook bij hem staat de aard der zaak voor een conclusie die 'an und für sich', als een logische consequentie van het Nederlandse zakenrechtelijke systeem gezien moet worden.

In het licht van het bereikte resultaat, voor de praktijk nogal bezwaarlijk, bestaat bij sommige auteurs een verlangen naar de gekozen oplossingen in het Romeinse recht.

'Ook uit de wijze waarop de hypotheek op de toekomstige zaak door de Romeinen is erkend, blijkt dus hun meesterschap bij de beoordeling van rechtsverhoudingen, die onze dogmatiek, zelve maar al te zeer aan het leven vreemd, niet anders weet te waardeeren dan door levensvatbaarheid daaraan te ontzeggen.'²⁵

4 De opvatting van Opzoomer²⁶

Opzoomer stemde overeen met de heersende opvatting dat niemand anders de bevoegdheid heeft om op een onroerend goed hypotheek te verlenen dan hij die de bevoegdheid heeft om over dat goed te beschikken. Hypotheek kan daarom in beginsel alleen op aan de 'verpander' in eigendom toebehorende goederen worden verleend. Indien zij niet aan de 'verpander' toebehoren, is de hypotheekverlening nietig, 'ook al is volkomen zeker dat zij den pandgever later zullen toebehooren'. Men mag immers niet over de zaken van een ander beschikken.

Na dit stellige algemene uitgangspunt wil Opzoomer een nuancering aanbrengen, namelijk met betrekking tot bepaalde en nauwkeurig beschreven goederen. Voor Opzoomer hangt het antwoord op de vraag of de overeenkomst van hypotheekverlening met betrekking tot deze goederen ook nietig is, nauw

den Bergh e.a. (red.), *Het recht van de geschiedenis*, 's-Gravenhage 1993, p. 97 e.v.

24. Zie J.H.A. Lokin, "De invloed van de pandektistiek op het werk van Diephuis en Opzoomer", in: R. Pieterman e.a. (red.), *Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw*, Arnhem 1994, p. 29 e.v.

25. J.M. Nap, "Hypotheek op toekomstige zaken", in: *WPNR* 1902, nr. 1675, p. 52.

26. Opzoomer, *Het Burgerlijk[e] Wetboek, verklaard*, IV, tweede herziene druk, Amsterdam 1879, p. 620 e.v. en VII, tweede druk, 's-Gravenhage 1891, p. 54 e.v. De opvatting van Opzoomer wordt gedeeld door C.E. Achterberg, "Hypotheek op eens anders goed", in: *WNR* 1881, nr. 577, p. 18-19.

samen met de uitleg van art. 1507 OBW.²⁷ Dit artikel is een letterlijke vertaling van art. 1599 Code civil (Cc).²⁸ In het Franse stelsel van eigendomsoverdracht gaat de eigendom over door werking van de koopovereenkomst (par l'effet des obligations, zie art. 711 en 1138 Cc), niet door middel van levering. Een bepaling als art. 1599 is dan logisch: door de enkele koopovereenkomst tussen een houder en een derde kan geen eigendom overgaan. Opzoomer constateert dat de verkoop van een anders goed naar Nederlands recht geen eigendomsoverdragende verkoop is. Hij die zelf geen eigenaar is van de zaak die wordt verkocht, kan ook geen eigendom overdragen op de koper. Art. 1507 is een vanzelfsprekendheid tegen de achtergrond van het Nederlandse stelsel van eigendomsoverdracht, een overvloedige bepaling in ons recht. Aan de koopverkoop van een anders goed zijn echter wel degelijk rechtsgevolgen verbonden (zoals bijvoorbeeld de reeds genoemde plicht tot vrijwaring en dus het recht om die vrijwaring in te roepen). In zoverre is de koop-verkoop van een anders zaak niet absoluut nietig en is art. 1507 OBW een hoogst misleidende bepaling. Opzoomer verwijst ter staving van zijn gevoelens naar een bekende tekst van Ulpianus.²⁹ Het ontnemen van rechten aan iets dat nietig is, komt Opzoomer ongerijmd voor. De consequentie is dat de koper - wanneer de verkoper na het sluiten der overeenkomst met de koper pas de eigendom van de al verkochte zaak verkrijgt - haar wettige eigenaar wordt, indien geleverd is.³⁰

De geschetste redenering voor de verkoop van een andermans zaak wenst Opzoomer naar analogie toe te passen op de hypotheekverlening. Hij verbindt aan deze analogische toepassing echter verdergaande consequenties dan in de heersende leer gebeurt. Een hypotheekverlening op andermans zaak brengt uiteraard met zich mee dat de hypotheekgever - zolang hij de eigendom nog niet heeft - het zakelijk recht nog niet overbrengt op de hypotheeknemer. Maar de overeenkomst van hypotheekverlening is *niet nietig*. Wanneer de hypotheekgever bij notariële akte hypotheek verleent op bepaalde goederen die hij nog niet heeft maar denkt te zullen verkrijgen, en de akte vervolgens inschrijft, dan wordt het

27. In zoverre is dit concrete geschilpunt een aardige illustratie van Opzoomers visie dat de wetsuitlegging allereerst een systematiserende arbeid is.

28. La vente de la chose d'autrui est nulle.

29. Zie Ulp. D. 18.1.28: Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: red res emptori auferri potest. Vert. Het is aan geen enkele twijfel onderhevig dat iemand andermans zaak kan verkopen; er is dan wel degelijk sprake van een koop-verkoop, maar de zaak kan onder de koper worden uitgewonnen.

30. Vgl. het Franse recht. De schuldenaar is na de verkoop houder. Hij is verplicht de schuldeiser (de koper/eigenaar) de feitelijke heerschappij van de zaak te verschaffen.

zakelijk recht van hypotheek geboren, op het tijdstip dat de hypotheekgever de eigendom van de goederen verkrijgt.³¹ Opzoomer kan het niet nalaten in een noot op te merken dat prof. Diephuis 'natuurlijk van een ander gevoelen is'.

5 De opvatting van Hamaker³²

Hamaker kan niet inzien waarom de verlening van een hypotheek op een zaak, waarvan de verlener op het ogenblik van de verlening geen eigenaar is, nietig zou moeten zijn en waarom haar werkeloosheid of krachteloosheid, zolang de verlener de eigendom niet verworven heeft, niet volkomen voldoende zou zijn. Het beginsel van de publiciteit van hypotheek kan nauwelijks onder de geldigheid der gewraakte hypotheekverleningen lijden. Men kan immers kiezen voor inschrijving van de bij anticipatie verleende hypotheek.

Om zijn mening dat de hypotheek op een toekomstig goed slechts krachteloos is te staven, onderneemt Hamaker een historisch toernee. Zo passeren de reeds besproken Digestenteksten, de mening van Voet, het Wetboek Napoleon van 1809 en het Ontwerp-1820 de revue. Pothier wordt aangehaald om Hamakers visie te ondersteunen dat het niet nodig is dat de hypotheekverlener op het moment van de verlening eigenaar is. Haar werking wordt opgeschort, totdat de hypotheekgever eigenaar is geworden.³³

Na de historie komt de vergelijking, en wel met het Franse recht. Allereerst volgt de waarschuwing, dat men zich niet moeten inlaten met genoemd art. 1599 Cc, ons art. 1507 OBW. Uit de nietigheid van de koop-verkoop van eens anders zaak is niets af leiden met betrekking tot de nietigheid van de hypotheekverlening. Beide handelingen hebben een geheel verschillend karakter, aldus Hamaker. Art. 1599 Cc (zo ook art. 1507 OBW) ziet met name op het scheppen van verbintenissen, de overeenkomst van hypotheekverlening uiteindelijk op het vestigen van een zakelijk recht. Opzoomer zit met zijn analogie volgens Hamaker dan ook fout. In moderne terminologie: hij stelt de verbintenisrechtelijke gevolgen op één lijn met de zakenrechtelijke (zo men wil goederenrechtelijke).

Art. 1220 OBW lijkt op het eerste gezicht een vertaling van art. 2129 Cc. Men moet evenwel het verband met de andere artikelen in de Cc kennen om te

31. Opzoomer, IV, p. 626-627.

32. Hamaker, "Gevaarlijke hypotheek" (1897), in: H.J. Hamaker, *Verspreide Geschriften*, II (Zakenrecht), Haarlem 1911, p. 365 e.v.

33. Pothier, *Traité de l'hypothèque*, hfdst. 1, II, par. II.

weten dat art. 2129 Cc niets zegt voor het vraagstuk van hypotheekverlening op toekomstig goed. In de art. 2122 en 2123 Cc staan twee algemene hypotheeken geregeld die op alle tegenwoordige en toekomstige goederen gevestigd kunnen worden. Art. 2129 Cc bepaalt vervolgens voor een gewone hypotheek dat die slechts betrekking kan hebben op tegenwoordige goederen en niet op toekomstige. Dit artikel strekt dus tot invoering van de specialiteit van de zogenaamde conventionele hypotheek. De Franse wetgever heeft niet gedacht aan de vraag of het voor de geldigheid van een hypotheekverlening of -vestiging onmisbaar is dat de hypotheekgever op het ogenblik van de verlening of vestiging reeds eigenaar was.³⁴

Ook de Nederlandse wetgever heeft zich de vraag niet gesteld, of bij anticipatie hypotheek gevestigd kan worden op een bepaald onroerend goed dat de hypotheekgever nog niet toebehoort. Art. 1220 lid 1 OBW dient slechts - evenals haar Franse pendant - als een gevolgtrekking te worden gezien van het beginsel der specialiteit (dat in art. 1219 OBW is neergelegd). Hamaker pleit er daarom voor dat de *hypotheekverlening* op een toekomstig goed *krachteloos* is, zolang de hypotheekverlener de eigendom niet heeft verworven. Met andere woorden: hypotheek kan op geldige wijze op andermans zaak verleend worden; zij zal ontstaan, zodra de verlener onder bijzondere of algemene titel de eigendom der zaak verworven heeft.³⁵

Ten aanzien van de vraag, of degene die hypotheek verleent op een goed dat hij reeds heeft gekocht maar hem nog niet geleverd is, een geldige hypotheek kan verlenen, meent Hamaker nog sterker te staan. In zijn opvatting is de koper namelijk vóór de inschrijving reeds eigenaar.³⁶ De overschrijving in de registers is niet nodig om iemand tot eigenaar te maken, maar om de aan hem gedane overdracht te doen werken tegenover andere verkrijgers van recht op dezelfde zaak en onder bijzondere titel.³⁷ Het stelsel van overschrijving is slechts een

34. Hamaker, p. 379 en 383.

35. Asser-Scholten, *Zakenrecht*, zevende druk, Zwolle 1933, p. 444 nadert deze opvatting van Hamaker dicht.

36. Zie H.J. Hamaker, "Wat is het stelsel van openbaarheid van den eigendom van onroerend goed, dat thans in Nederland geldt?", in: *Verspreide Geschriften*, p. 131 e.v. Dit artikel stond in *WNR* van 1894, nrs. 167-1270. Vooral van belang nr. 1269.

37. Hamaker volgt hier het toepasselijke Franse recht, in zijn tijd art. 3 van de wet van 23 maart 1855: 'Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois', dat wil zeggen die hebben laten overschrijven. Een dergelijke bepaling is opgenomen in het Décret van 4 januari 1955, dat de wet van 1855 heeft vervangen. Dit was ook de opvatting van Scholten: zie J.H.A. Lokin, "Asser's Handleiding en de rechtspraak", verschijnt in

formaliteit, waaraan hij die het recht verkregen heeft, zich dient te onderwerpen. De eigendom gaat over omdat partijen het zo gewild hebben. De koper is eigenaar, zijn eigendom is alleen nog precair. Hypotheek kan hij dus verlenen.³⁸

6 Jurisprudentie en kritiek

Na de belangrijkste opvattingen in de literatuur besproken te hebben wordt het tijd om het vizier te richten op de rechtspraak onder het OBW. Slechts een van de hoofdvragen is expliciet aan de orde gekomen. In 1870 moest de Hoge Raad zich buigen over de vraag, of een geldig hypotheekrecht kon worden verleend op een onroerend goed dat men had gekocht, maar nog niet geleverd had gekregen.³⁹ De advocaat-generaal en de Hoge Raad spitsten hun betoog echter toe op wat in deze bijdrage de voorvraag is genoemd. Advocaat-generaal Römer wijst erop dat de kwestie een punt van ‘zuiver Nederlandsch regt betreft’. De schrijvers over ‘het Romeinsche, oud-Hollandsche en Fransche regt kunnen niet dan met de meeste omzigtigheid worden geraadpleegd’, wat Römer er niet van weerhield om aan Voet te refereren. Het grote verschil met vroeger was naar zijn mening dat het BW van 1838 het beginsel van de specialiteit had aangenomen.

Wat is nu de mening van de advocaat-generaal over het strijdpunt? Men behoeft naar zijn mening volgens de wet geen eigenaar te zijn om hypotheek te verlenen of toe te staan. Men kan zich verbinden om hypotheek te geven op goederen die men nog niet heeft (zie art. 1215, 1220 lid 2 en 1227 OBW). Toekomstige goederen zijn zodanige goederen waarop men reeds een recht heeft dat niet dan door schending van de overeenkomst kan worden gebroken. Wanneer men over een rechtsvordering beschikt om de zaak op te vorderen, wordt men geacht de zaak zelf te bezitten.⁴⁰ Men kan bijgevolg hypotheek verlenen op een zaak die bepaald kan worden aangewezen en waaromtrent men zich reeds kan verbinden, maar die men nog niet in bezit heeft. Het woord *vestigen* in art. 1220 lid 1 OBW heeft dus betrekking op *het tijdstip van inschrijving*.

De Hoge Raad zou het advies van de advocaat-generaal volgen en daarmee

WPNR 1996.

38. Hamaker, p. 389-394.

39. HR 28 oktober 1870, W. 1870, nr. 3265; ook opgenomen in *Regtsgeleerd Bijblad* van 1871, p. 21 e.v. Voor de HR hadden zich reeds de Rechtbank Den Bosch (28 januari 1869) en het Provinciaal Gerechtshof Den Bosch (8 maart 1870) zich over de kwestie gebogen.

40. De advocaat-generaal laat zich hier blijkbaar leiden door een romeinsrechtelijk uitgangspunt, D. 50.17.15 (Is, qui actionem habet ad rem recipiendam, ipsam rem habere videtur). Zie voor ons huidig recht: art. 3:304 BW.

gelet op de heersende leer een controversiële uitspraak doen.

‘O., dat bij deze is beslist, dat geldig is eene hypotheek, ingeschreven ten laste van den kooper van een onroerend goed, nadat het op naam van dezen was overgeschreven en hem mitsdien was geleverd, en zulks niettegenstaande dat goed tijdens het toestaan der hypotheek, hoewel reeds gekocht, echter nog niet door overschrijving was geworden het eigendom van den kooper;

O, dat het al of niet gegronde van het middel van cassatie hoofdzakelijk afhangt van den zin der uitdrukking *gevestigd*, voorkomende in art. 1220 B.W. [lid 1] (...);

O, dat wat betreft de beteekenis van het aldaar voorkomend woord *gevestigd*, (...), echter uit de bepaling van art. 1224, tweede zinsnede, B.W. (naar welke, bij gebreke van inschrijving, de hypotheek heeft geene kracht hoegenaamd) volgt, dat eerst door haar de hypotheek als zakelijk regt wordt daargesteld en gevestigd; dat mitsdien alles in deze aankomt op de bevoegdheid van den verleenner der hypotheek tijdens hare vestiging door inschrijving; (...).’

De uitspraak van de Hoge Raad heeft niet zulke ingrijpende consequenties. Hij erkent hier slechts de *verlening* van een hypotheek op toekomstig goed, maar niet de *vestiging* daarop. Het meest karakteristiek was misschien wel de reactie van Diephuis die precies het tegenovergestelde standpunt verdedigde: ‘Anders echter [Rb]’s Hertogenbosch 29 januarij 1869; [Hof] Noord-Brabant 8 maart 1870; H.R. 28 October 1870’.⁴¹

Typerend was ook de reactie van een zekere Van der Moer op het arrest van de HR: ‘Natuurlijk heb ik als ieder ander zeer veel respect voor een arrest van den Hoogen Raad maar: 1o. een arrest is nog geen wet en 2o. het gebeurt, dat de H.R. op eene vroegere uitspraak terugkomt.’⁴² De HR is niet meer op zijn uitspraak teruggekomen. Van der Moer achtte zich daarom ook geroepen, de notarissen te waarschuwen:

‘Wanneer eene bij een rechterlijk gewijsde uitgesproken meening zoo en - men kan er zich van overtuigen - op zulke goede gronden wordt bestreden door rechtsgeleerden van naam is m.i. de notaris verplicht zich te wachten dergelijke twijfelachtige leer in praktijk te brengen.’⁴³

Ondanks het feit dat de heersende leer de uitleg van de Hoge Raad verwierp en sommigen van de notaris terughoudendheid verwachtten, overheerste in het notariaat tevredenheid over de uitweg die geboden werd. Zoals J.P.S. Gualthérie van Weezel het zei: ‘Intusschen, de notarische praktijk gaat voort op den weg

41. Zie Diephuis, VII, p. 397, noot 2. Zie ook de negatieve reactie van Van Boneval Faure in zijn noot onder het arrest. Afwijzend is eveneens Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, III, Haarlem 1902, p. 356.

42. Van der Moer, "Gevaarlijke hypotheeken. Artt. 1214 en 1220", in: *WNR* 1897, nr. 1434, p. 313.

43. Van der Moer, "Gevaarlijk. Hypotheeken, art. 1214", in: *WNR* 1897, nr. 1429, p. 253.

door het Arrest van den Hoogen Raad geopend (...).⁴⁴ Het lag gelet op de negatieve reacties in de literatuur echter in de lijn der verwachting dat de wetgever in verband met de herziening van het BW over deze kwestie een standpunt zou innemen, en wel een keuze zou maken die aansloot bij de wensen van de praktijk. Dat is ook gebeurd in het Ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek uit 1899.

In art. 329 van het Ontwerp wordt in verband met de verlening van hypotheeken opgemerkt dat de bepalingen van de laatste vier leden van art. 100 toepasselijk zijn. Art. 100 regelt de overdracht en afstand van eigendom. Uitgangspunt is dat de overdracht van onroerende zaken geschiedt 'bij eene uitsluitend met dat doel opgemaakte notarieele akte'. Ten aanzien van die akte geldt volgens het laatste lid van art. 100 het volgende:

Indien de akte afkomstig is van iemand, die ten tijde van het verlijden geen eigenaar was, doch later den eigendom verkrijgt, werkt de overdracht van het oogenblik dier verkrijging, indien de akte toen reeds overgeschreven was, en anders van het oogenblik der overschrijving.

Met deze bepaling wordt de hypotheek op een toekomstig goed in beginsel geldig verklaard. Zij ging dus veel verder dan het genoemde arrest van de HR. In de toelichting treffen wij over deze nieuwe bepaling het volgende aan.

'Vooral ten aanzien van hypotheeken verdient deze laatste regeling aanbeveling. Meermalen toch komt het voor, dat bij den koop van eenig goed de koper, om den prijs te betalen, geld moet opnemen en daartoe de zaak verbinden, die hem eerst later, na de betaling, geleverd wordt. Nu zijn er, om dit te kunnen doen, allerlei, niet eens volkomen zekere, hulpmiddelen in gebruik; veel beter zal het zijn, indien de koper, terstond bij het ontvangen van het geld, eene, om zo te zeggen, voorloopige hypotheek verleen kan, die later, tegelijk met de overdracht, in werking treedt.'⁴⁵

De voorgestelde regeling is overigens niet zonder kritiek gebleven. Onbillijkheid zou bijvoorbeeld schuilen in het feit dat hypothecaire crediteuren, die op verschillende tijdstippen, doch vóórdat de hypotheekgever eigenaar is geworden, de inschrijving bewerkstelligden, op één lijn zouden worden gesteld. Bovendien was het niet altijd duidelijk op welk tijdstip de hypotheekgever de eigendom van de onroerende zaak had verkregen (bijvoorbeeld bij inpoldering).⁴⁶

44. Gualthérie van Weezel, "Invloed van het Notariaat op het Hypotheekwezen", in: *WPNR* 1920, nr. 2610, p. 22.

45. *Ontwerp tot Herziening van het Burgerlijk Wetboek*, Tweede boek, Toelichting, 's-Gravenhage 1899, p. 506.

46. Nap, *WPNR* 1902, p. 52; Van Nierop, p. 52.

7 Huidig recht

Het antwoord op de in de inleiding geformuleerde vragen naar huidig recht wordt beheerst door art. 3:97 BW, dat de levering van toekomstige goederen tot onderwerp heeft. Art. 3:98 BW verklaart dit artikel van overeenkomstige toepassing op de vestiging van een beperkt recht op een goed (tenzij de wet anders bepaalt). Art. 3:97 lid 1 luidt als volgt:

Toekomstige goederen kunnen bij voorbaat worden geleverd, tenzij het verboden is deze tot onderwerp van een overeenkomst te maken of het registergoederen zijn.

De vraagpunten lijken naar bevrediging opgelost: slechts hij die de bevoegdheid heeft om een registergoed te vervreemden kan daarop een hypotheek vestigen (art. 3:84 jo 3:98 BW). Ontbreekt beschikkingsbevoegdheid, dan is de hypotheek nietig. De voorvraag die men - met in het achterhoofd de heersende leer onder het OBW - nog beantwoord moet worden, is: wanneer dient de hypotheekgever beschikkingsbevoegd te zijn? De heersende leer onder het OBW was (gedurende lange tijd) geweest: *ten tijde van de hypotheekverlening*. Om dit nog eens met één gezaghebbend voorbeeld te staven: Asser-Scholten (Zakenrecht, 1933, p. 242) gaf als hoofdbeginsel met betrekking tot de vraag wie hypotheek kan geven:

'Hypotheek kan slechts worden verleend door hem, die de bevoegdheid heeft het bezwaarde goed te vervreemden.'

Deze zinsnede lijkt een letterlijke weergave van art. 1214 OBW, maar is dat niet. In de wettekst staat namelijk *vestigen*, maar conform de heersende leer is dat bij Scholten geworden: *verlenen*. Ten tijde van het ondertekenen van de notariële akte werd men geacht al beschikkingsbevoegd te zijn. Op dit uitgangspunt kwam reeds vanaf het midden van onze eeuw kritiek.⁴⁷ Onder het huidige recht is men dan ook unaniem een andere mening toegedaan.

Het spreekt vanzelf dat art. 3:97 BW niet verhindert dat bij voorbaat een hypotheek op een nog te verwerven goed wordt *beloofd* (de vestigingstitel).⁴⁸ Dit was ook geen probleem volgens de oude heersende leer onder het OBW. Art. 3:97 staat er volgens hedendaagse auteurs ook niet aan in de weg dat bij voorbaat

47. Bijv. Wiarda in zijn Preadvies voor de Candidaat-Notarissen van 1940, p. 59; Hofmann, *Het Nederlandsche Zakenrecht*, derde druk, Zwolle 1944, p. 401.

48. Vgl. HR 21 september 1990, NJ 1991, 799.

een hypotheek op een nog te verwerven goed wordt *verleend*. De beschikkingsbevoegdheid heeft pas te bestaan op het *tijdstip der vestiging* door middel van de inschrijving van de hypotheek in de openbare registers (art. 3:260 BW).⁴⁹

Het antwoord op de in de inleiding gestelde vragen kan als volgt worden geformuleerd. De vestiging van een hypotheekrecht op een wel gekocht maar nog niet geleverd goed levert - conform de opvatting van de HR uit 1870 - niet zoveel problemen meer op als onder de oude heersende leer. De hypotheekgever heeft niet op het tijdstip van de verlening beschikkingsbevoegd te zijn, maar op het moment van de inschrijving. Dit is van belang indien een koper tegelijkertijd met het opmaken van de leveringsakte op het daarbij geleverde goed hypotheek wil vestigen. Men moet er dan voor zorgen dat de hypotheekakte pas na de leveringsakte wordt ingeschreven, maar de akten kunnen gelijktijdig worden opgesteld.⁵⁰ Het uitgangspunt blijft evenwel dat een hypotheekgever op een nog niet door hem in eigendom verkregen maar wel gekocht registergoed niet bij voorbaat een hypotheek kan vestigen in afwachting van zijn verkrijging. Een hypotheekrecht kan eveneens niet rechtsgeldig op een registergoed worden gevestigd, onder de voorwaarde dat de hypotheekgever later eigenaar van dat goed zal worden. Het hoofdargument voor deze ontkennende beantwoording moet gezocht worden in het stelsel van registratie: het register zou een te onbetrouwbare informatiebron met betrekking tot de juridische status van de daar geregistreerde goederen worden wanneer niet-eigenaren de mogelijkheid tot inschrijving van hypotheek zouden krijgen. Dat hierdoor in het kader van de financiering van de koopprijs een probleem kan rijzen, wordt erkend.⁵¹

8 Conclusie

Uit de bespreking van opvattingen in de vorige paragrafen blijkt dat Hamaker een voor de praktijk bevredigend antwoord op de gestelde vragen heeft gevonden. Zijn opvatting van de krachteloosheid van de hypotheekverlening op toekomstig goed werd echter door weinigen gedeeld. Allereerst is in ons systeem van eigendomsoverdracht van registergoederen de koper niet eigenaar vóór de inschrijving. Deze bewering staat haaks op de wet (art. 3:89 BW). Voorts negeert hij met zijn opvatting dat hypotheek op geldige wijze op andermans zaak

49. Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, *Goederenrecht*, tiende druk, Arnhem 1994, nrs. 847 e.v.; Asser-Mijnssen-Van Velten, *Zakenrecht* (Zekerheidsrechten), twaalfde druk, Zwolle 1994, nrs. 188-191.

50. Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, nr. 848.

51. Asser-Mijnssen-Van Velten, nr. 190-191.

kan worden verleend en gevestigd, indien de verlener later de eigendom van de zaak verworven heeft, de eis van beschikkingsbevoegdheid, zonder dat hij daarvoor een juridische grondslag of reden geeft.

Wij moeten dus op zoek naar een hulpmiddel dat die grondslag wel geeft.⁵² De 19e-eeuwse auteurs verwezen veelvuldig naar het Franse recht. Deze belangstelling doet de vraag rijzen, hoe in de Franse doctrine en rechtspraak de vragen zijn beantwoord. De heersende leer is glashelder. Degene die een hypotheek vestigt, moet eigenaar zijn.

'L'hypothèque de la chose d'autrui est nulle de nullité absolue.'

Dit uitgangspunt geldt ook voor het geval dat de hypotheekgever alsnog later eigenaar wordt van het goed dat hij verhypothেকেerd heeft. De absolute nietigheid bij hypotheekvestiging wordt in de literatuur soms als onbillijk beschouwd. De rechtspraak verwerpt namelijk een analogie met de verkoop van een anders zaak waar slechts een relatieve nietigheid wordt aangenomen, dat wil zeggen de verkoop geldig wordt wanneer alsnog de eigendom van de zaak verworven wordt. Het verschil wordt als volgt verklaard. De nietigheid bij de hypotheek betreft een kwestie van 'l'ordre public', terwijl die bij koop als een beschermingsmaatregel ten behoeve van de koper wordt gezien.⁵³ In het Franse recht wordt een tweetal - niet in het Nederlandse recht bekende - uitzonderingen toegestaan op het verbod van hypotheek op toekomstig goed, namelijk in het geval dat de bestaande goederen onvoldoende verhaal bieden aan de schuldeiser (art. 2130 Cc) en in het geval dat het goed, waarop de hypotheek rust, verloren is gegaan of zo sterk in waarde is verminderd dat het onvoldoende verhaal biedt voor de schuldeiser (art. 2131 Cc). De inschrijving van deze hypotheeken op toekomstige goederen is pas mogelijk na de verwerving van de goederen en in volgorde van die verwerving. Na de inschrijving ontstaat ook pas de geldigheid ten aanzien van derden. Art. 2130 en 2131 Cc staan dus toe dat het goed toekomstig is bij de *hypotheekverlening*, niet echter op het moment van de *hypotheekvestiging*. Voor de beantwoording van onze vragen, zo moge duidelijk

52. Ik ga voorbij aan de volgende situatie. Via de natrekkingsregel (zie art. 3:3 en 5:20 BW) is het mogelijk dat de hypotheek op bouwgrond (of opstal- dan wel erfpachtsrecht) ook het gebouw gaat omvatten. Het hypotheekrecht strekt zich immers uit over al hetgeen de eigendom van de zaak omvat (art. 3:227 lid 2). Zie ook art. 2133 Cc.

53. Mazeaud-Ranouil-Chabas, *Leçons de droit civil*, III-1, sixième édition, nr. 263. Voor koop-verkoop nr. 815. Zie voorts S. Tanagho, "L'hypothèque des biens à venir", in: *Revue trimestrielle de droit civil* 1970, p. 441 e.v.

zijn, valt uit de Franse leer (helaas) weinig nieuws te halen.

Wenden wij ons naar de Nederlandse literatuur. Door oudere schrijvers wordt een moeilijke oplossing voorgesteld, namelijk die met behulp van een constructie van subrogatie, een middel 'dat in de praktijk bijna algemeen wordt aangenomen'. Hoe gaat deze subrogatie in zijn werk? Nadat de verkoper het goed heeft verkocht en vóór de levering, bedingt hij hypotheek voor de onbetaalde kooppenningen waarop hij volgens art. 1227 OBW⁵⁴ (zie art. 3:261 BW) recht heeft. Vervolgens wordt de geldschiet, die de verkoper de koopprijs betaalt, op grond van art. 1437 OBW (art. 6:150 e.v. BW) gesubrogeerd in de rechten van de verkoper waardoor de geldschiet hypotheccair schuldeiser wordt.⁵⁵ Een zwakke stee in deze oplossing is dat de koper afhankelijk is van de medewerking van de verkoper. Door een moderne schrijver wordt weer een andere oplossing voorgesteld, naar zijn zeggen uit de huidige praktijk stammend. Volgens hem wordt tegenwoordig volstaan met een hypotheekbelofte, waarbij de hypotheekgever in spe bij authentieke akte een onherroepelijke volmacht tot hypotheekverlening geeft.⁵⁶

Is er ook nog een eenvoudiger, een minder rompslomp met zich mee brengende en de praktijk meer zekerheid biedende oplossing mogelijk? Men kan bijvoorbeeld denken aan bekrachtiging ex art. 3:58 BW. Een hulpmiddel, dat in ieder geval soelaas zal kunnen bieden wanneer bijvoorbeeld de hypotheekakte voor de leveringsakte wordt ingeschreven of beide akten tegelijkertijd worden ingeschreven. De in het begin nietige vestiging van de hypotheek kan door de werking van art. 3:58 BW worden bekrachtigd. De schending van een wettelijk geldigheidsvereiste én het alsnog vervuld worden van dit vereiste (bijvoorbeeld het intreden van de aanvankelijk ontbrekende beschikkingsbevoegdheid, doordat bijvoorbeeld de niet-rechthebbende een machtiging of volmacht krijgt) dienen als voorwaarde voor de toepasselijkheid te worden beschouwd. Het is bovendien conform lid 1 van dit artikel noodzakelijk dat alle onmiddellijk belanghebbenden de handeling als geldig hebben aangemerkt.

Is er nog een eenvoudiger oplossing denkbaar? Of anders gesteld: is een andere rechtsfiguur misschien in dit geval niet meer geschikt? Voor een mogelijk

54. Indien bij de koop-akte, tot waarborg van onbetaalde kooppenningen, hypotheek op het verkochte goed is bedongen, en de inschrijving is geschied binnen acht vrije dagen na de overschrijving dier koop-akte op de daartoe bestemde openbare registers, zal deze hypotheek den voorrang hebben boven de hypotheeken welke de koper, binnen dat tijdsverloop, op het goed mogt hebben toegestaan.

55. Klaverwijden, p. 73 e.v.; Kist, *Themis* 1869, p. 434.

56. Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, nr. 851 (p. 496).

antwoord op deze vraag kom ik uit bij Suijling.⁵⁷ Hij vond dat het woord 'nietig' in art. 1220 lid 1 OBW ten onrechte was gebruikt. De hypotheekverlening is naar zijn mening *volkomen geldig*, maar - ten gevolge van de beschikkingsonbevoegdheid van de hypotheekgever - werkt zij voorshands niet. De inschrijving, die aanvankelijk rechtsgevolg mist, omdat de hypotheekgever geen eigenaar is van het door hem te verhypothekeren c.q. verhypothekteerde goed, roept de hypotheek in het leven, zodra hij de eigendom verwerft. Suijling verwees ter ondersteuning van zijn opvatting naar een Duitse bepaling, par. 185 BGB.

(1) Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn Sie mit Einwilligung der Berechtigten erfolgt.

(2) Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt (...).

Met name het tweede lid kan in ons geval goede diensten bewijzen.⁵⁸ De figuur die hier beschreven wordt, is het beschikken door een niet-rechthebbende in eigen naam. Deze beschikking kan tot een rechtsgeldige worden, indien de niet-rechthebbende het goed, waarover hij heeft beschikt, alsnog verkrijgt.⁵⁹ Ook in het Duitse recht kan met een beroep op par. 185 een pand- of hypotheekrecht, dat door een beschikkingsonbevoegde is gevestigd, geldig worden als de onbevoegde de eigendom van de zaak alsnog verwerft. Ten aanzien van lid 2 van par. 185 geldt dat de bekrachtiging ('Konvaleszenz') door het in eigendom verkrijgen van de zaak geen terugwerkende kracht heeft.

'Bewilligt der noch nicht eingetragene Käufer eines Grundstücks die Eintragung einer Hypothek, so wird die Einigung wirksam und unwiderruflich, sobald der Käufer im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist.'⁶⁰

Zijn er vanuit het oogpunt van specialiteit (tegenwoordig neergelegd in art. 3:84

57. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 5e stuk (Zakenrecht), Haarlem 1940, nr. 523 en nr. 254; dez., *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 1e stuk-1e gedeelte, Haarlem 1927, nr. 269.

58. Gualthérie van Weezel, *WPNR* 1920, nr. 2610, p. 22 heeft als eerste bepleit een bepaling met een strekking die gelijk is aan par. 185 in ons BW op te nemen. Hij wijst ook in het bijzonder op lid 2.

59. Zie over deze constructie L. Groefsema, *Bevoegd beschikken over andermans recht*, Deventer 1993, par. 4.4 (over de herintroductie van een rechtsfiguur) en 4.5 (over par. 185 BGB). De wortels voor deze rechtsfiguur liggen in het Romeinse recht. Groefsema verwijst bij wijze van voorbeeld naar D. 39.5.9.2 en D. 24.1.38.1.

60. *BGB-RGRK*, I, par. 185, Anm. 13; *BGB, Kohlhammer-Kommentar*, I, par. 185, Anm. 7 en 9. Zie ook RGZ 77, 84.

lid 2 BW) en publiciteit bezwaren tegen de toepassing van deze constructie op de in dit opstel behandelde hoofdvragen aan te voeren? Lijden eventuele andere schuldeisers nadeel van toepassing van deze constructie? In het geval dat een hypotheekgever een onroerend goed reeds heeft gekocht maar dit nog niet aan hem is geleverd, is het goed meer dan voldoende geïndividualiseerd en is er geen reden om te vrezen dat de registers tot een warwinkel worden door de inschrijving van de hypotheek. Zowel de eigendomsoverdracht als de vestiging van de hypotheek zijn beoogd, het rechtsgeldig worden van beiden is slechts een kwestie van (luttel) tijd. De schuldeisers van de hypotheekgever worden evenmin benadeeld. Er is weinig op tegen om dan aan te nemen dat door de inschrijving van de akte in de registers (waardoor de levering van het registergoed is voltooid) de hypotheek geldig wordt. Het bezwaar, dat de registers een warwinkel worden, kan bovendien gerelativeerd worden, door te wijzen op het feit dat de wetgever zelf een hypotheek onder opschortende voorwaarde heeft toegestaan (art. 3:98 jo. 3:84 lid 4 BW). Dit is een hypotheekvestiging, waarvan het effect afhankelijk wordt gemaakt van een toekomstige onzekere gebeurtenis. Bijvoorbeeld: er wordt hypotheek op bedrijfsgebouwen gegeven onder de voorwaarde dat een fabrikant de verliesgevende tak van zijn bedrijfsactiviteiten zal staken. Treedt de opschortende voorwaarde in, dan is de vestiging geldig op het moment van intreden (*ex nunc*, zie art. 3:38 lid 2 BW). De enige toekomstige onzekere gebeurtenis, die echt uitgesloten lijkt te zijn, is dat men eigenaar van het te verhypothekeren registergoed zal worden (aangezien dit namelijk uit de wet voortvloeit).⁶¹

Toch ligt de situatie misschien anders, wanneer een niet-eigenaar verhypotheeft onder de voorwaarde dat hij eigenaar van een bepaald (nog te kopen) registergoed wordt (een relatief toekomstig goed derhalve) en de hypotheek laat inschrijven. Dan is voldaan aan het vereiste van specialiteit en publiciteit. Juridisch-dogmatisch kan men er wellicht weinig op tegen hebben dat de hypotheek geldig wordt bij daadwerkelijke verwerving van de eigendom van het registergoed, het is zeker niet uitgesloten dat de hypothecaire registers wat meer belast zouden worden dan anders. De wet verzet zich er dan ook expliciet tegen; daar staat tegenover dat de wetgever zich weinig rekenschap lijkt te hebben gegeven van de discussies in de literatuur onder het OBW waarin door

61. Een *overdracht* van toekomstige goederen kan een vervreemder bewerkstelligen onder opschortende voorwaarde van toebehoren of beschikkingsbevoegdheid. Zie Snijders-Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer 1994, nr. 420, 422. Zie ook nr. 303.

sommigen krachteloosheid of in ieder geval niet-nietigheid van een dergelijke hypotheek werd bepleit. Daar komt nog bij dat in Nederland is gekozen voor een negatief registerstelsel⁶², gecombineerd met een ruime derdenbescherming. De belangen van derden staan niet voorop; de opstelling van de bewaarder van de openbare registers is lijdelijk. Er kunnen rechtsgevolgen intreden of zijn ingetreden met betrekking tot het registergoed, welke niet blijken uit de registers zelf. Ons registerstelsel kent dus geen absolute waarborg dat de daaruit af te leiden rechtstoestand ook de werkelijke is. Derden te goeder trouw, die op de in de registers gepubliceerde gegevens afgaan, worden evenwel beschermd (art. 3:24 e.v. BW; zie ook art. 3:36 en art. 3:98 jo. 3:88 BW). In de moderne literatuur wordt bovendien conform de wettekst (die spreekt van vestigen) verdedigd dat men bij het ondertekenen van de hypotheekakte nog niet beschikkingsbevoegd hoeft te zijn. Het beloven en verlenen van de hypotheek zijn dus op rechtsgeldige wijze mogelijk door een niet-rechthebbende. Deze rechtshandelingen worden zichtbaar voor een potentiële kredietgever, wanneer inschrijving van de (voorlopige nog niet-geldige) hypotheek plaatsvindt in de registers. De praktijk zou tot slot voordeel hebben van de toepassing van de genoemde rechtsfiguur: die constructie geeft de juridische grondslag welke de oplossing van Hamaker ontbeerde. Over het geheel genomen zou de kwestie in ieder geval nadere overweging verdienen.⁶³

C.J.H. JANSSEN

GRONINGEN

62. Op dit punt doet zich overigens bij de bewerkers van *Asser's Handleiding* wel een groot verschil in perceptie voor. Terwijl in Asser-Mijnssen-Van Velten wordt uitgegaan van een negatief stelsel, zijn volgens Asser-Mijnssen-De Haan, *Zakenrecht* (Algemeen goederenrecht), dertiende druk, Zwolle 1992, nr. 442, vrijwel alle kenmerken van een positief stelsel in het BW en de Kadasterwet aanwezig.

63. Ik dank mr. W.H. van Hemel voor zijn kritiek op een eerdere versie van dit artikel.

DE (ON)OVERDRAAGBAARHEID VAN DE REVINDICATIE

Enige opmerkingen over § 931 BGB vanuit het perspectief van het Nederlandse recht

I Inleiding

1 De (on)overdraagbaarheid van de revindicatie in het Nederlandse recht

1. De vraag in hoeverre de revindicatie, dat is de rechtsvordering van de eigenaar om de zaak op te vorderen van degene die haar zonder recht onder zijn macht heeft¹, een recht is dat los van eigendom kan worden overgedragen of kan worden overgedragen teneinde de eigendom over te doen gaan, is één van de klassieke onderwerpen van het privaatrecht. Voor de nationale codificaties werd overdracht van de revindicatie op grond van C. 4.39.9 mogelijk geacht. Deze Codex-tekst luidt als volgt:

Certi et indubiati iuris est ad similitudinem eius, qui personalem redemerit actionem et utiliter eam movere suo nomine conceditur, et eum, qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate. (...)

Het staat rechtens buiten kijf dat, naar het voorbeeld van degene die persoonlijke actie koopt en wordt toegestaan die actie als actio utilis in eigen naam in te stellen, ook hij die een zakelijke actie heeft gekocht, die actie kan instellen.

Op grond van C. 4.39.9 betoogde Voet in zijn Pandectencommentaar²:

Neque interest utrum in rem an in personam actio sit quae venditur: licet enim directae in rem actiones nulli competere possint nisi et qui habet jus in re et jure gentium vel civili dominus est per actionem venditionem dominium rerum actio petendarum non acquiratur, quia tamen utilis in rem actiones etiam non dominis competere posse plenius in tit. de reivindicat. num 21 fecit expositum, nihil vetat, quominus et in rem actiones vendantur ad id ut utilis saltem in rem actio per emptorum moveatur.

Het maakt niet uit of de actio in personam of de actio in rem het voorwerp is van de koop. Hoewel directe actiones in rem alleen kunnen toekomen aan de eigenaar van de zaak en door verkoop van de actie de eigendom van de zaak niet wordt verkregen, kunnen actiones utiles in rem echter ook aan een iemand toekomen die niet de eigenaar is van de zaak (zoals uiteen is gezet in no. 21 van de tit. over de revindic.) en staat niets eraan in de weg dat ook de actiones in rem worden verkocht, in die zin dat de koper dan een actio utilis in rem verkrijgt.

1. Art. 5:2 BW

2. *Commentarius ad pandectas*, 18.4.9.